

## L'articolo 41-bis O.P.: fino a che punto il bisogno di sicurezza può legittimare il regime detentivo speciale?

di *Marco Nestola*

**Sommario 1.** Premessa. – **1.1** L'oggetto della dichiarazione di incostituzionalità. – **1.2** La sentenza n. 143 del 2013 della Corte Costituzionale e il bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti. – **1.3** (segue) Il bilanciamento: lo scopo dell'istituto come criterio di interpretazione del 41-bis. – **1.4** (segue) Il bilanciamento: alle prese con l'inviolabile diritto alla corrispondenza. – **2.** Un legittimo sospetto. – **2.1** Gli stati generali dell'esecuzione penale ed il caso Riina. – **2.2** 41-bis e clima politico. – **2.3** Le reali finalità di questo speciale regime carcerario. – **3.** Conclusioni

### 1. Premessa

Sono passati ormai venticinque anni da quell' "*annus horribilis*" che è stato il 1992. "L'anno delle stragi, quello degli attacchi del clan dei corleonesi contro lo Stato. È l'anno della violenza, delle bombe di Capaci e via D'Amelio e delle minacce. È l'anno della trattativa e del 'papello' in cui Cosa Nostra presenta un elenco di richieste per porre fine alla stagione stragista. È l'anno in cui le elezioni politiche del 5-6 aprile lasciano l'Italia in una crisi drammatica e profonda, che getta discredito sulle vecchie élite politiche travolte dai primi avvisi di garanzia della stagione tangentopoli. È l'anno in cui Giulio Andreotti vede sfumare la propria elezione al Quirinale, al suo posto si insedia Oscar Luigi Scalfaro.<sup>1</sup>"

Venticinque anni da tutto questo, e venticinque anni dall'introduzione del secondo comma dell'articolo 41-bis nella legge 26 luglio 1975 n. 354, fra le norme sull'ordinamento penitenziario. Una disposizione fortemente controversa, che rappresenta la risposta dello Stato italiano ai feroci colpi della mafia e che permette al Ministro della Giustizia, per sua iniziativa o su richiesta del Ministro dell'Interno, di sospendere "per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica" l'applicazione delle normali regole di trattamento penitenziario nei confronti di: condannati, imputati ed indagati, per i reati enunciati nel primo comma dell'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario, cioè per mafiosi, terroristi ed altri criminali che hanno compiuto determinati reati con lo scopo di agevolare le attività mafiose.

La sospensione delle "normali regole di trattamento" iniziò a colpire i più variegati diritti riconosciuti dall'ordinamento e le libertà dei detenuti subirono pesanti restrizioni: i colloqui, le telefonate, gli oggetti personali da detenere in cella, le ore

---

<sup>1</sup> <http://inchieste.repubblica.it/>

d'aria, il peculio, la corrispondenza, tutto era limitato e differente, al fine, dichiarato, di evitare che “boss” e presunti tali comunicassero con le organizzazioni di appartenenza<sup>2</sup>.

La presa d'atto di una deleteria prassi creatasi attorno all'applicazione di un istituto, che devolveva alla amministrazione penitenziaria la possibilità di incidere pesantemente su dei diritti costituzionali, alcuni dei quali, coperti anche da riserva di legge, portò alla naturale conseguenza di numerose proteste da parte degli avvocati dei detenuti, sfociate in numerose questioni di costituzionalità davanti alla Consulta che nel solo 1993, ne affrontò 5.

Ed è proprio questo il fulcro di questo lavoro, analizzare il 41-bis O.P. a partire dalla sentenza 143 del 2013 della Corte costituzionale, importante non solo perché è, fino al momento, unica (avendo per la prima volta dichiarato parzialmente illegittimo l'articolo in esame) ma anche in quanto pone dei punti fermi circa la ponderazione di due interessi meritevoli di tutela che si trovano in conflitto in una data situazione. Nel caso in esame i due interessi, di portata costituzionale, che vediamo scontrarsi sono da una parte la protezione dell'ordine pubblico, e dall'altra l'inviolabilità del diritto di difesa.

### 1.1 L'oggetto della dichiarazione di incostituzionalità

A seguito della stabilizzazione dell'istituto con la legge n.279 del 2002, il numero di annullamenti giudiziali dei provvedimenti ministeriali di applicazione e di proroga del 41-bis O.P. è aumentato vertiginosamente. Per valutare la proroga del carcere duro nei confronti di detenuti ristretti in regime derogatorio da anni ed ininterrottamente, i magistrati di sorveglianza hanno infatti richiesto che questa venisse suffragata da nuovi elementi da cui desumere il perdurare del vincolo associativo. Le cronache dettero grande enfasi ai casi di revoca del regime speciale, soprattutto quando ad essere “affrancati” dal regime penitenziario speciale erano personaggi di spicco della criminalità organizzata, i media poi mettevano in evidenza come ciò collimava con un numero crescente di casi, in cui altri criminali sottoposti al regime speciale erano riusciti a comunicare nonostante le restrizioni del regime detentivo speciale<sup>3</sup>.

In questo clima di crescente sfiducia nei confronti della magistratura e della politica, spesso vista come incapace di rispondere ai colpi della mafia, si inserisce la legge n. 94 del 2009 (pacchetto sicurezza) che all'articolo 2 comma 25 apporta una serie di modifiche all'istituto del “carcere duro”. Queste modifiche avevano due fini: a)

<sup>2</sup> S. D'Elia e M. Turco, *Tortura Democratica, Inchiesta su “la comunità del 41 bis reale”*, Venezia, 2002, p. 16.

<sup>3</sup> Come ci fa notare la Dottoressa Angela Della Bella, Emblematici sono alcuni dei titoli delle più importanti testate giornalistiche italiane: “Stop al carcere duro per i boss Madonia. Record di annullamenti: 89 in un anno” (Corriere della Sera, 27 febbraio 2007); “Si svuotano le celle del 41 bis” (Il Sole 24 ore 8 settembre 2008); “Emorragia senza precedenti” (La Repubblica, 16 novembre 2008); A. Della Bella, *il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012, p. 173.

correggere la giurisprudenza della magistratura di sorveglianza ritenuta troppo “lassista”<sup>4</sup> b) cercare di dare più rigore al regime del 41-bis.

Per raggiungere il secondo fine (ridare l’originario rigore al 41-bis) il legislatore del 2009 è intervenuto, prima, sulla clausola d’esordio del comma 2-quater rendendola più autoritativa e completa<sup>5</sup>, poi sulle diverse prescrizioni dello stesso comma, che sono diventate sempre più pesanti e che hanno contribuito ad inasprire il regime speciale.

Per quanto riguarda le restrizioni che riguardano il trattamento all’interno dell’istituto penitenziario dei detenuti all’art 41-bis O.P., l’ultimo intervento legislativo ha introdotto la nuova lettera f) del comma 2- quater che ha portato due importanti novità: la prima pratica, riguardante la cd. “ora d’aria”, per cui adesso i detenuti particolarmente pericolosi potranno al massimo usufruire di due ore all’esterno dell’istituto; la seconda di ordine “politico” che prevede la possibilità per l’amministrazione penitenziaria di adottare “tutte le necessarie misure di sicurezza, (...) volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra

---

<sup>4</sup> Per correggere la giurisprudenza della magistratura di sorveglianza si sono modificate varie parti dell’art.41-bis: innanzitutto si è messo mano al comma 2 *sexies* dell’art. 41-bis sopprimendo il sindacato giurisdizionale sulla congruità delle limitazioni contenute nel provvedimento ministeriale; poi si è abrogato il comma 2 *ter*, sottraendo al Ministro il potere di revocare il provvedimento applicativo nel caso in cui le condizioni che avevano determinato l’adozione o la proroga dello stesso fossero venuti meno; un ulteriore intervento ha riguardato il comma 2 *bis* che dilata la durata del decreto a quattro anni e quella della proroga a due<sup>4</sup>; ma ciò che è più di tutto sintomatico del tentativo di “destituzione” dei tribunali di sorveglianza è la manipolazione del comma 2 *quinqes* e la conseguente decisione di accentrare sul solo Tribunale di Roma la competenza sui reclami. Prima invece il comma 2 *sexies* attribuiva la competenza al tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sull’istituto nel quale il detenuto o l’internato era assegnato; l. 23 dicembre 2002, n.279; Angela Della Bella pensa che tale modifica sia legittima e sensata, secondo lei il concentrare in un unico organo giudiziario, vicino alla procura nazionale anti-mafia, la competenza a decidere sui decreti ministeriali applicativi dell’art 41-bis O.P. potrebbe determinare una progressiva specializzazione dei giudici. A. Della Bella *il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*; 2013, Milano, p. 290.

<sup>5</sup> La l. 69 del 2009 ha inserito un espresso riferimento a strutture appositamente attrezzate, “I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all’interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all’interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell’istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede: (...)” da un lato questa clausola ha portata logica, prescrivendo regole pratiche di gestione penitenziaria, dall’altro invece permette di capire l’ampiezza dei poteri dell’amministrazione penitenziaria nell’applicare il decreto ministeriale, a seguito della riforma si è sostituito la fraintendibile locuzione “ può comportare” riferita alle sospensioni delle regole trattamentali con un più assertivo ed imperioso “prevede”, la variazione sintattica che il legislatore ha deciso di apportare a questa clausola di apertura consente di superare qualsiasi incertezza sul piano interpretativo, che le misure elencate nel comma *quater* operino congiuntamente; L. Breciani *commento co. 25, art. 2, l. 69/2009* in G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici., ( a cura di) *Commentario al “Pacchetto Sicurezza” l. 15 luglio 2009, n. 94.*, Torino, 2011, p. 189.

detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, di scambiare oggetti e cuocere cibi.”<sup>6</sup>.

Ma è in riferimento ai rapporti fra detenuto ed ambiente esterno che si è reso più afflittivo l’istituto in esame.

Mentre prima dell’introduzione del “pacchetto sicurezza” il detenuto poteva interagire per due volte al mese con familiari e conviventi, fermo restando la possibilità di videoregistrazione e la presenza del vetro divisorio, adesso gli viene consentito solo un colloquio, il quale nel caso in cui non venisse sostenuto, potrà essere sostituito da un telefonata della durata massima di dieci minuti, sottoposta comunque, a registrazione.

Un importante novità è stata, infine, la modifica apportata alla lett. *b*) del comma 2 *quater* con la quale si è avuto il coraggio (o la scelleratezza) di andare a porre un limite quantitativo, alle interazioni con i difensori.

L’ultimo periodo della lettera *b*) del comma 2 *quater* dell’articolo 41-bis recitava infatti: “con i difensori (...) potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari”<sup>7</sup>. Questo inciso è stato aggiunto dal legislatore della novella, dopo che le cronache giudiziarie hanno evidenziato quanto i legali “cavalcassero” le disposizioni legislative pre-2009, le quali, rispettose dell’inviolabilità della difesa tecnica, che si declina soprattutto nella possibilità di comunicare in maniera riservata col proprio avvocato, non limitavano le interazioni tra criminali al 41-bis e difensori degli stessi<sup>8</sup>.

Un episodio in particolare è emblematico di come a volte l’avvocato si possa trasformare in “voce” ed in “mano” del detenuto fuori dal carcere; ci riferiamo al caso dei fratelli Graviano, Giuseppe e Filippo, condannati al 41-bis per la loro potenza criminale e per il rispetto di cui godevano e godono nel quartiere di Brancaccio a Palermo e tristamente conosciuti per essere stati i mandanti dell’omicidio di padre Giuseppe Puglisi, il sacerdote considerato il primo martire della Chiesa ucciso dalla mafia<sup>9</sup>.

A seguito delle complesse attività investigative effettuate dagli organi inquirenti si è riusciti ad accertare che Giuseppe e Filippo Graviano, nonostante il lungo periodo di detenzione e di isolamento, hanno continuato a gestire gli affari dell’associazione

---

<sup>6</sup> Queste limitazioni (alcune delle quali già censurate dalla Corte costituzionale) risultano di difficile inquadramento non ponendosi in linea agli scopi di sicurezza esterna per i quali il Ministro è legittimato ad imporre l’assoggettamento al regime derogatorio L. Breciani *commento co. 25, art. 2, l. 69/2009* cit. p. 290.

<sup>7</sup> Art. 2 comma 25 l. 15 luglio 2009, n. 69.

<sup>8</sup> La legge 279 del 2002, che andava a recepire legislativamente il “decreto tipo” cristallizzatosi nei primi dieci anni di applicazione di regime speciale, specificava al comma 2 *quater* che le limitazioni alle comunicazioni non si applicano ai difensori, con i quali si potranno svolgere colloqui senza vetro divisorio. A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale ex Art. 41 bis ord. penit.*, Milano, 2005, p. 61.

<sup>9</sup> *Alla luce del sole*, film di Roberto Faenza sulla vita di padre Puglisi, con Luca Zingaretti, 2005.

tramite l'intermediazione dei familiari ma soprattutto del loro difensore Domenico Salvo, che è stato poi riconosciuto colpevole di concorso esterno in associazione mafiosa avendo strumentalizzato la funzione di avvocato al fine di garantire ai due fratelli un canale garantito e sicuro per comunicare con l'esterno<sup>10</sup>.

Posti di fronte questo problema, il legislatore ha dunque cercato di bilanciare le esigenze a che il sistema differenziato riuscisse veramente ad assolvere la sua funzione special-preventiva con il basilare diritto ad un inviolabile difesa tecnica. Risultato di tale bilanciamento è stata la disciplina del 2009 che apporta un limite quantitativo alle comunicazioni con il difensore ma non le assoggetta né ad un controllo audiovisivo né all'interposizione del vetro divisorio.

### **1.2 La sentenza n. 143 del 2013 della Corte Costituzionale e il bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti.**

La scelta di delimitare i colloqui con i difensori ha allertato subito gli interpreti più sensibili, in quanto la norma ricavabile dall'articolo 2 comma 25 della legge 69 del 2009, andando ad incidere sulla possibilità di preparare efficacemente la propria linea difensiva, potenzialmente si poneva in contrasto con la nostra Carta costituzionale ed in particolare sia con l'articolo 3 (considerando che "i detenuti soggetti al regime speciale hanno, di regola, esigenze difensive maggiori rispetto ai detenuti cosiddetti comuni, collegate al numero più elevato e alla maggiore complessità dei procedimenti penali pendenti a loro carico: esigenze che risulterebbero, peraltro, già penalizzate dalla distanza (...)"), che con l'articolo 24.2 ( il quale tutela il diritto di difesa in ambito processuale e che risulterebbe irrimediabilmente leso), che con l'articolo 111.3 ("il quale, nello stabilire le condizioni del «giusto processo penale», prevede che la legge debba assicurare alla persona accusata di un reato il tempo e le condizioni necessarie per preparare la sua difesa."<sup>11</sup>). La magistratura di sorveglianza non tardò dunque a sollevare questione di legittimità costituzionale che tuttavia nel 2010 non superò il vaglio in punto di rilevanza<sup>12</sup>.

Successivamente con la sentenza n. 143 del 2013 la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di questa disposizione nella parte in cui consentiva al soggetto ristretto in regime di detenzione speciale di effettuare con i difensori «fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari». Tale disposizione comportava un'evidente compressione del diritto di difesa del detenuto che discendeva, in maniera automatica ed indefettibile (come chiarito dalla circolare del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria<sup>13</sup>) dal mero essere ristretti al "carcere duro"; in questo senso i limiti in questione operavano a prescindere dal numero e dalla

<sup>10</sup> A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale del 41 bis* op. cit., 2013, Milano, pp. 91-92

<sup>11</sup> Corte cost., sent., 20 giugno 2013, n. 143 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>12</sup> La prima questione è stata dichiarata inammissibile per carenza del requisito dell'incidentalità; Corte cost., (ord.) 9 giugno 2010, n. 220 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>13</sup> Circolare DAP n. 297600-2009 del 3 settembre 2009.

complessità dei procedimenti giudiziari a carico dei detenuti; tale pronuncia oltre che storica, essendo la prima che ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'istituto in esame, rappresenta un "faro" utile, non solo per le future opere di bilanciamento tra interessi fondamentali, ma anche per la corretta applicazione del 41-bis.

Per valutare l'opera di bilanciamento fatta dal legislatore, la Consulta, è andata prima di tutto ad analizzare i "pesi" ed i "contrappesi" che si trovano sui due piatti della bilancia e poi ha espresso una valutazione su come questi andavano ad interagire fra di loro nel caso di specie.

Sul primo piatto troviamo il diritto di difesa, un diritto riconosciuto inviolabile dalla stessa Costituzione e che rappresenta il parametro più importante nella cd. teoria dei contro-limiti<sup>14</sup>, teoria invocata come limite al primato del diritto concordatario<sup>15</sup> comunitario<sup>16</sup> e di diritto internazionale generalmente riconosciuto<sup>17</sup>. La prima parte "in diritto" della pronuncia qui in esame si sofferma su questo parametro e, collegandosi alla sentenza 212 del 1997 ricorda quanto la possibilità di colloquiare con il difensore sia un aspetto essenziale del diritto di difesa tecnica soprattutto per i soggetti in stato di detenzione che hanno bisogno oltre che di definire e predisporre la propria strategia difensiva, anche di conoscere i propri diritti e le possibilità che l'ordinamento offre per tutelarli<sup>18</sup>.

Sul secondo piatto vi è invece la protezione dell'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato che rappresenta il "bene supremo all'autoconservazione cui è rivolto l'ordinamento"<sup>19</sup>.

Entrambi i due diritti sono interessi costituzionalmente garantiti e quindi la mossa dell'Avvocatura dello Stato per difendere la norma introdotta col "pacchetto sicurezza" è stata quella di cercare di convincere la Consulta a non poter prendere posizione sulla questione trattandosi della insindacabile scelta governativa di "bilanciare" un diritto costituzionale con altri interessi contrapposti ma di eguale livello.

---

<sup>14</sup> Le norme di origine europea, concordataria o internazionale, trovano applicazione nell'ordinamento italiano in forza della copertura offertagli dagli articoli 7, 10 e 11 della Costituzione ed, in caso di incompatibilità con le norme di diritto interno, prevalgono, il primato di queste norme di origine estera, si estende persino alle norme costituzionali, però non opera nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento che in nessun caso potrebbero cedere a beneficio di norme con essi in conflitto e che quindi rappresentano il baluardo della nostra civiltà. Questa teoria fu elaborata dalla Corte costituzionale tedesca nelle famose sentenze Solange 1 del 1974 e Solange 2 del 1986, con la prima il giudice tedesco si riservò di sindacare le disposizioni emanate dall'allora Comunità europea fino a che non si fosse dotata di un catalogo a protezione dei diritti umani, con la seconda specificò di non esercitare il suo controllo fintanto la Comunità avrebbe continuato a garantire una protezione efficace dei diritti fondamentali, A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, Milano, 2014, p. 228;

<sup>15</sup> Corte cost. sent. n. 18 del 1982 in <http://www.giurcost.org/>.

<sup>16</sup> Corte cost. sent. 232 del 1989 in <http://www.giurcost.org/>.

<sup>17</sup> Corte cost. sent. 238 del 2014 in <http://www.giurcost.org/>.

<sup>18</sup> Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>19</sup> F. Fiorentin, *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra i diritti fondamentali*, in, *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.3, 2013, pag. 2180

La Corte però non va a valutare il *se* il diritto di difesa possa essere bilanciato ma come si sia cercato di bilanciarlo<sup>20</sup>. È assodato infatti che il diritto in questione, pur essendo di importanza fondamentale, non sia esonerato dal bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale<sup>21</sup> cioè, tuttavia, a condizione che non ne risulti minato quel nucleo essenziale che non può mai essere compromesso<sup>22</sup>.

Giudicando l'opera di "bilanciamento" fra i due interessi in gioco, risultante dalla porzione di disposizione oggetto del giudizio costituzionale qui in commento, notiamo che esso non supera il *test* di necessità, sufficienza-idoneità e proporzionalità proposti dalla dottrina<sup>23</sup>.

Pur risultando, in linea di principio, necessario<sup>24</sup>, questo bilanciamento è inidoneo a raggiungere l'obiettivo di proteggere la *salus reipublicae*, ed è completamente sproporzionato al fine che si pone, considerando infatti che, anche se teoricamente, ad un minor numero di incontri col difensore corrisponderebbero minori informazioni illecite da poter scambiare in segreto, questi limiti quantitativi non impedirebbero il passaggio di informazioni tra carcere ed ambiente esterno ma minerebbero il contenuto essenziale del diritto costituzionale sacrificato.

Possiamo dire dunque che la sentenza in esame è riuscita a porre rimedio ad un problema grave quale la compressione di uno dei più importanti diritti sanciti in Costituzione, ora infatti "non vedo una differenza ontologica sotto il profilo del diritto di difesa tra i detenuti reclusi al "carcere duro" ed i detenuti ordinari. Anche perché, in pratica, rispetto al detenuto ordinario, il detenuto al "41-bis" è spesso molto meglio assistito considerando che gli strumenti finanziari di questi soggetti sono, mediamente, più cospicui. L'unico problema era quello, che è stato risolto nel 2013. Un problema riguardante i colloqui, veramente angoscioso, che andava a minare l'essenza del diritto di difesa e quindi anche quello della condanna, considerando che il collegio difensivo spesso si trovava in Calabria o in Sicilia e aveva necessità di poter usufruire di telefonate e colloqui concentrate in una settimana per evitare di tornare ogni sette giorni."

La decisione in commento, si pone dunque come regola di giudizio generale che aspira ad entrare nel corredo argomentativo della Corte e che modifica il suo orizzonte valutativo: "il punto di fuga, come si vede, non è più quello del mero

---

<sup>20</sup> La possibilità di deroga del diritto di difesa è stata più volte riconosciuta alla condizione però, che le restrizioni apportate non compromettano l'effettività del diritto stesso. L'effettività rappresenta il limite invalicabile nelle operazioni di bilanciamento, G. Scaccia, *il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*; in *Giur. Cost.*, 1998, pp. 3953 ss.

<sup>21</sup> In via non esaustiva: Corte cost. sent. n. 173 del 2009; Corte cost. sent. n. 297 del 2008; Corte cost. sent. n. 341 del 2006, nonché, con specifico riferimento alla materia dei colloqui dei detenuti, Corte cost. sent. n. 212 del 1997; in <http://www.giurcost.org/>.

<sup>22</sup> *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto"*, in *Dir. proc. pen.* 1998, 210 ss.

<sup>23</sup> A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale: teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti ed interessi costituzionali*; Torino, 2014, p.104.

<sup>24</sup> Nell'ottica del legislatore il sacrificio del diritto di difesa è giustificato dall'emergenza di dare piena attuazione alla salvaguardia alla lotta contro la criminalità.

bilanciamento formale e astratto, ma, quello diverso e più luminoso dell'“innalzamento del livello di tutela” dei diritti fondamentali, peraltro aperto a quel circolo virtuoso – ed alla cross-fertilization – che va alimentandosi nel network multilivello.<sup>25</sup> Il giudice delle leggi pone dunque un faro alle future opere di bilanciamento tra interessi fondamentali e prende come esempio la redazione dell'art 104, comma 3, in cui il sacrificio al diritto di difesa pur se è visibile è breve e provvisorio<sup>26</sup>.

### **1.3 (segue) Il bilanciamento: lo scopo dell'istituto come criterio di interpretazione del 41-bis**

La sentenza 143 del 2013 della Consulta, per quanto importante ed innovativa non può essere vista come un “fulmine a ciel sereno”, essa difatti si inserisce nel “solco interpretativo” scavato dalla Corte costituzionale con lo strumento, ampiamente utilizzato nell'analisi del 41-bis, delle sentenze interpretative di rigetto.

Fondamentale è stata la Sentenza della Corte costituzionale 351/1996 che ha rimediato all'eccessiva genericità dell'originaria versione del 41-bis. Considerando che essa non faceva un puntuale elenco delle misure che l'amministrazione penitenziaria avrebbe potuto adottare per derogare al normale trattamento penitenziario infatti non si riusciva a capire quali regole di trattamento potessero essere sospese. La Consulta riuscì a risolvere il problema sottolineando il fatto che “per legge” erano esplicitate le finalità del regime carcerario differenziato (volto ad impedire i collegamenti tra detenuto ed associazione criminale al di fuori del carcere art. 41-bis, 2° co., ord. penit.) cosicché ha espresso l'importante regola che i Tribunali di sorveglianza potessero dichiarare illegittime tutte quelle restrizioni contenute nel provvedimento ministeriale che per il loro contenuto non fossero riconducibili all'esigenza di isolare il boss dall'ambiente criminale esterno.

La pronuncia del 1996 individua i cd. limiti «interni» della potestà derogatoria della Pubblica Amministrazione e, ponendo l'accento sulla finalità delle restrizioni adottabili ex art. 41-bis, stabilisce che misure non riconducibili alla concreta esigenza di ordine e sicurezza, trasformandosi misure meramente afflittive, sono illegittime e quindi censurabili<sup>27</sup>.

Riusciamo quindi ad intravedere un importante collegamento fra queste le pronunce della Corte costituzionale del 2013 e del 1996: nel momento in cui una restrizione ad un diritto fondamentale di un detenuto sottoposto al 41-bis non può essere giustificata dall'esigenza di limitare le comunicazioni e quando i mezzi che si usano

<sup>25</sup> V. Manes e V. Napoleoni; *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro* cit. p. 349.

<sup>26</sup> Dalla motivazione traspare in modo inequivocabile che a renderle incostituzionali non è l'entità del sacrificio imposto al diritto di difesa qualunque esso sia, ma la loro inidoneità a produrre un benché minimo aumento di tutela del contrapposto interesse ravvisabile nella difesa della collettività; M. G. Coppetta, nota a sentenza Corte cost. 20 giugno 2013, n. 143; *I colloqui con il difensore dei condannati al “carcere duro”: incostituzionali le restrizioni “quantitative”* in, *Giur. It.*, 2013.

<sup>27</sup> Corte cost. 18 novembre 1996, n. 351 in *Giur. Cost.*, 1996, 3043

appaiono sproporzionati al raggiungimento di questo fine, si dovrebbe giungere ad una dichiarazione di illegittimità. In questo senso le limitazioni ai diritti fondamentali che eccedono il loro “minimo sacrificio necessario” possono essere inquadrabili solo in ottica retribuzionistica respinta dalla nostra Carta costituzionale all’art 27 comma 3.

Prendiamo come esempio le restrizioni alle comunicazioni fra detenuti in regime di 41- bis con familiari e conviventi. Secondo la lettera *b)* del comma 2 *quater* dell’articolo 41-bis, queste sono limitate ad “uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti”. Mettendo in confronto la disciplina speciale con la disciplina ordinaria, che prevede la possibilità dei detenuti di sei colloqui al mese ciascuno della durata di un’ora, appare quanto siano maggiormente rigorosi i limiti previsti dall’articolo 41-bis. Ebbene, considerando che “i colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell’autorità giudiziaria competente”, non si può che sospettare della legittimità costituzionale di tale restrizione.

Stesso ragionamento circa le limitazioni alla cosiddetta “ora d’aria”.

Mentre la durata e la permanenza all’aperto per la generalità dei detenuti è fissata dall’art 10 dell’ordinamento penitenziario, che stabilisce solo il termine di durata minima di due ore al giorno, riconducibili ad una in casi eccezionali, per i detenuti in regime di 41-bis a seguito della legge numero 94 del 2009, fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell’articolo 10, si è scelto di ridurre ulteriormente la discrezionalità amministrativa nel determinare i tratti fisiologici della detenzione speciale, fissando la permanenza all’aperto in un massimo di due ore. Questo termine perentorio è reso di fatto più severo, dal fatto che l’amministrazione penitenziaria nel fissare i criteri di interpretazione della nuova disciplina abbia disposto che delle due ore di permanenza all’aperto, una debba esserne fruita al chiuso, cioè in appositi locali quali biblioteca o palestra. Anche questa ulteriore differenziazione appare difficilmente conciliabile con la funzione autoproclamata dall’articolo 41-bis ed oltre sul piano funzionale, queste restrizioni sembrano incidere sulla tenuta costituzionale di quest’istituto. Che funzione possono avere queste norme se non il voler infliggere una pena che sia quanto più “dura”, o peggio quella di voler costringere il detenuto a collaborare?

#### **1.4 (segue) Il bilanciamento: alle prese con l’inviolabile diritto alla corrispondenza.**

Analizzando l’intricata vicenda che ha riguardato la corrispondenza tra detenuti in regime di “carcere duro”, possiamo vedere poi come, quest’istituto affidi discrezionalità e competenza alla pubblica amministrazione in misura tale da ledere diritti costituzionali coperti da riserva di legge. In particolare la lettera *a)* e la lettera *f)* del comma 2 *quater* sono stati oggetto di visione critica da parte di un indirizzo di merito che, a dicembre 2015, ha accolto un reclamo da parte di un detenuto che lamentava un pregiudizio grave ed attuale all’esercizio del proprio diritto alla corrispondenza.

Al vaglio del magistrato vi era la decisione della Direzione penitenziaria della casa circondariale di Tolmezzo di negare l'autorizzazione al ricorrente detenuto in regime di "41-bis" di intrattenere corrispondenza con un detenuto, sottoposto al medesimo regime differenziato, allocato in altro istituto di pena, pur se, il decreto di proroga di detto regime detentivo speciale nei suoi confronti non facesse alcuna menzione di tale restrizione.

La decisione dell'autorità penitenziaria è stata assunta sulla base di una Circolare del D.A.P. n. 0147611 dd.27.04.2015 che vieta la corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art.41-bis, ord. penit., salvo si tratti dei familiari. Questa circolare si fonda sul presupposto che l'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. a), ord. penit., consente l'adozione di non meglio specificate misure di elevata sicurezza interna ed esterna e sul dato che il comma 2-quater, lett. f) della evocata disposizione consente l'adozione "di tutte le necessarie misure di sicurezza (...) volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità", l'amministrazione, formulando questo atto, ha implicitamente ritenuto che la sottoposizione della corrispondenza ai controlli costituiti dal c.d. "visto", non rappresentasse uno strumento preventivo sufficiente e di conseguenza l'ha vietata *in toto*.

Ci troviamo di fronte ad un "bilanciamento" che, per garantire una migliore tenuta dell'ordine pubblico, impone pesanti restrizioni al diritto alla corrispondenza con un provvedimento di secondo grado sottratto ad una disamina giurisdizionale, andante a ledere l'articolo 15 della Carta costituzionale che protegge il diritto alla libertà e alla segretezza della comunicazione con la doppia riserva: di legge e di giurisdizione. Il Magistrato per cercare di valutare la legittimità della norma regolamentare, l'ha messa a sistema con l'articolo 41-bis e con la disciplina dell'art.18ter ord. penit.. L'articolo 18 ter, introdotto con l. 95/2004 per adeguare l'ordinamento italiano alle censure mosse dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo, in maniera cristallina, richiede che i provvedimenti limitativi del diritto alla corrispondenza, siano adottati con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su proposta del direttore dell'istituto, per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, per ben precisi periodi di tempo.

Non si possono, quindi, interpretare le formule generali che autorizzano la sospensione di regole del trattamento penitenziario adoperate nell'art. 41-bis ord. pen. come se l'articolo 18-ter ord. pen., non esistesse, al contrario, dovrebbe prevalere una lettura della disposizione in esame costituzionalmente e convenzionalmente orientata<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Con riguardo al diritto fondamentale inciso dalla Circolare del D.A.P. qui in esame, si rileva trattarsi di posizione soggettiva particolarmente salvaguardata: dall'art. 8 della CEDU sentenze CEDU, *Diana c. Italia* dd.15.11.1996; *Domenichini c./ Italia* dd.15.11.1996; *Messina c./ Italia* dd.28.09.2000; *Natoli c./ Italia* dd.09.01.2001; *Giovine c./Italia* dd.26.07.2001; *Messina c./ Italia* dd.24.10.2002

“Il sistema è tale, in definitiva, per cui all’ autorità amministrativa residua unicamente il potere di disporre – nei casi espressamente previsti dalla legge – provvedimenti temporanei di trattenimento della corrispondenza epistolare. Per converso, la natura assoluta della garanzia de qua, impone di ritenere preclusa all’ Amministrazione qualsiasi autonomia facoltà di adottare misure restrittive anche solo potenzialmente idonee a porre in pericolo tale bene giuridico fondante il nostro sistema di civiltà giuridica.”<sup>29</sup>

La decisione dell’ Autorità penitenziaria di Tolmezzo non può dirsi conforme al principio costituzionale sancito dall’ art.15, Cost., che risulta nella sostanza eluso, sia sotto il profilo della riserva di legge; sia per l’ assenza dell’ intervento dell’ autorità giudiziaria fin dal primo momento della potenziale compressione di tale diritto. Di conseguenza, posta l’ illegittimità del divieto opposto, il magistrato ha accolto il reclamo proposto dall’ interessato dichiarando la illegittimità della disposizione della Direzione penitenziaria di Tolmezzo ed affermando che “non sussiste un divieto generale ed assoluto, per il detenuto reclamante, ristretto nel regime speciale di cui all’ art.41-bis, ord. penit., a intrattenere corrispondenza con altri detenuti sottoposti al medesimo trattamento differenziato.”<sup>30</sup> ”.

## 2. Un legittimo sospetto.

### 2.1 Gli stati generali dell’ esecuzione penale ed il caso Riina.

Il nostro Paese ha attraversato negli ultimi anni una grave crisi interna ed internazionale a causa dei trattamenti che riserva ai detenuti.

A seguito della condanna ricevuta dalla Corte Europea dei Diritti dell’ Uomo nel 2009<sup>31</sup> e dopo che, nel 2013, la stessa Corte ha accertato il fatto che il sovraffollamento carcerario è un fenomeno strutturale ed endemico del nostro paese<sup>32</sup>, la CEDU ha imposto al Governo italiano di prendere, in termini brevi, misure idonee a far cessare lo stato di violazione dei diritti dei detenuti<sup>33</sup>.

Per cercare di porre rimedio a questa situazione, oltre a soluzioni di “primo intervento” che hanno agito “chirurgicamente” per sanare i profili illegittimi messi in evidenza dalla Corte alsaziana, l’ onorevole Orlandi ha presentato il disegno di legge n. 2798 che, all’ art. 29, prevede la “Delega al Governo per la riforma del processo penale e dell’ ordinamento penitenziario”<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Mag. Sorv. Udine, ud.10 dicembre 2015 (dep.11 dicembre 2015), Est. F.Fiorentin

<sup>30</sup> Mag. Sorv. Udine, ud.10 dicembre 2015 (dep.11 dicembre 2015), Est. F.Fiorentin.

<sup>31</sup> Sentenza Corte EDU, *Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009.

<sup>32</sup> Sentenza Corte EDU *Torregiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013.

<sup>33</sup> L’ Italia si è trovata, dunque, inserita nella black list degli Stati europei che non rispettano i diritti fondamentali delle persone detenute, fatto questo, che capace di produrre gravi conseguenze, anche sul piano economico (cfr. F. Fiorentin, *La conclusione degli “stati generali” per la riforma dell’ esecuzione penale in Italia*, in [www.PenaleContemporaneo.it](http://www.PenaleContemporaneo.it)).

<sup>34</sup> Atto Camera n. 2798 XVII Legislatura, “*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all’ ordinamento penitenziario per l’ effettività rieducativa della pena*”. In [www.senato.it](http://www.senato.it).

Con questa iniziativa si è cercato di rimodellare il sistema dell'esecuzione penitenziaria, ponendo al suo centro l'individuo e la sua inviolabile dignità, provando a dar vera vita a quei principi devoti al finalismo rieducativo e all'umanizzazione della pena sanciti dall'art.27 comma 3 Cost., in questo senso, se si rispetteranno le direttive vi sarà una vera e propria "rivoluzione copernicana"<sup>35</sup>. Alla base di questo disegno di legge vi saranno le conclusioni raggiunte da più di duecento studiosi che si sono seduti ai diciotto tavoli componenti gli "Stati generali dell'esecuzione penale"<sup>36</sup>.

Gli "invitati" al tavolo 2 si sono lungamente confrontati sulla funzione e la concreta applicazione del regime differenziato di cui all'art. 41-bis ord. pen. Essi hanno espresso un giudizio concorde circa l'importanza strategica che l'articolo in questione riveste nella lotta alla criminalità organizzata, anche persuasi dal fatto che né la Corte Costituzionale, né la Cedu, hanno mai travolto questo regime differenziato nel suo complesso. I due organi giurisdizionali, infatti, seppur hanno sempre salvato questo istituto ne hanno imposto un particolare rigore interpretativo, ammettendo che l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti potessero subire restrizioni unicamente in vista delle esigenze speciali di sicurezza che sono alla base del 41-bis.

"A fronte di posizioni del tutto favorevoli ad una riforma integrale dell'istituto, ed altre di convinto sostegno alla normativa attuale, può dirsi comunque raggiunta un'ampia maggioranza intorno ad alcuni correttivi urgenti da apportare a livello normativo, soprattutto derivanti dalla novella del 2009<sup>37</sup>".

Tralasciando però le singole modifiche prospettate all'articolo 41 bis dagli studiosi degli Stati generali dell'esecuzione penale<sup>38</sup>, è importante, a parere di chi scrive,

---

<sup>35</sup> "L'idea fondamentale attorno alla quale ruota il complesso di proposte è, in altri termini, una sorta di "Rivoluzione copernicana" che vede le pene adattate alle esigenze del recupero sociale del condannato e non già quest'ultimo ad essere assoggettato all'esecuzione penale che attualmente privilegia la soluzione detentiva carceraria e considera le misure ad essa alternative quale soluzione meramente eventuale, in contrasto con l'idea del carcere quale misura di extrema ratio cui ricorrere quando ogni altra soluzione esecutiva si palesi inadeguata nel caso concreto." F. Fiorentin, *La conclusione degli "stati generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in [www.PenaleContemporaneo.it](http://www.PenaleContemporaneo.it)

<sup>36</sup> "Guardando all'intitolazione, alla composizione e agli esiti dei lavori dei 18 Tavoli: su temi non sempre prettamente "giuridici" hanno discusso persone portatrici di esperienze, sensibilità e linguaggi molto diversi. I risultati raggiunti sono ora sottoposti alla consultazione pubblica voluta dal Ministro della Giustizia e, di là dalla bontà degli stessi, mi pare che questo primo dato – l'aver permesso l'incontro tra culture ed esperienze che prima non avevano dialogato se non sporadicamente – sia già una finalità importante che è stata perseguita e che, comunque dovesse andare a finire il percorso di auspicata riforma normativa, potrà produrre frutti importanti."

M. Ruotolo, *Gli Stati Generali sull'esecuzione penale: finalità ed obiettivi*, in [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it)

<sup>37</sup> Stati generali dell'esecuzione penale, tavolo 2- Vita detentiva. Responsabilizzazione, circuiti e sicurezza, in <https://www.giustizia.it>

<sup>38</sup> Tali modifiche sono riassunte sul documento finale Stati generali dell'esecuzione penale, *Documento finale*, in <https://www.giustizia.it>

soffermarsi sulla parte ottava del documento finale denominata “Una nuova cultura della pena” in cui si prende atto di come l’informazione e la politica giochino un ruolo chiave nella riforma dell’ordinamento penitenziario.

L’intero documento e tutte le soluzioni prospettate, comprese quelle che riguardano il “carcere duro”, discendono dalle regole sancite in Costituzione che rappresentano una sorta di confine entro cui si deve iscrivere qualsiasi modello di esecuzione penale. Lungo questo confine importanza fondamentale ricoprono l’articolo 27 comma 3 Costituzione per cui la pena non deve consistere mai «in trattamenti contrari al senso di umanità» e l’articolo 13 comma 4 della Costituzione che vieta «ogni violenza fisica e morale sulla persona sottoposta a restrizione di libertà». Si tratta di regole di civiltà codificate in Italia ormai da circa 70 anni ma di cui ancora si discute, e si discute in quanto esse, pur facenti parte del bagaglio culturale degli addetti ai lavori, sono per lo più formule vuote per la generalità dei consociati, ciò si traduce nel rischio che questo documento “quand’anche si riuscisse a realizzare, (...) avrebbe vita stentata e, probabilmente breve, se non potesse affondare le sue radici in un sentire collettivo nuovo e sintonico. La cultura media italiana è tutt’oggi fortemente ancorata al modello sanzionatorio del carcere, sia per atavica adesione ad un’idea retribuzionista e afflittiva della pena, sia per la crescente insicurezza sociale che spinge a rinserrare entro le mura di un penitenziario gli autori dei reati, nell’illusione di rinchiudervi anche pericoli e paure.<sup>39</sup>”.

Anche le modifiche prospettate all’articolo 41-bis scaturite dalle riflessioni degli studiosi facenti parte del tavolo num.2 degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale, rischiano, per le ragioni accennate, di non vedere mai la luce, basti pensare al “caso Riina” che di recente ha occupato un posto d’onore sui giornali a tiratura nazionale e che ha dimostrato come né l’opinione pubblica né i partiti politici siano maturi per questa rivoluzione ideologica del diritto penitenziario.

Il “caso” è scoppiato a seguito che la Corte di Cassazione ha annullato l’ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Bologna con cui si rigettava l’istanza presentata dal boss di Corleone che chiedeva il differimento della pena o in subordine la detenzione domiciliare in luogo della pena detentiva a causa delle sue condizioni di salute. Parliamo infatti di un soggetto ultraottantenne sofferente di una duplice neoplasia renale, con una situazione neurologica compromessa che non gli permette di essere autonomo, costretto a letto con materasso antidecubito e soggetto a crisi cardiache da esiti infausti ed imprevedibili

La Corte di legittimità, oltre che considerare l’ordinanza contraddittoria, ha contestato le scarse motivazioni che hanno portato il Tribunale a decretare la compatibilità della detenzione in carcere con lo stato di salute del detenuto. I giudici di Bologna si sono infatti concentrati sull’efficacia del «continuo monitoraggio» sanitario che andava a parificare i rischi di morte del ricorrente a quelli di qualsiasi cittadino, nelle sue stesse condizioni, anche in libertà. La Cassazione però, arrivando

---

<sup>39</sup> Stati generali dell’esecuzione penale, documento finale, in <https://www.giustizia.it> pag. 98

a riconoscere un vero diritto a “morire dignitosamente”, ha ritenuto che lo stato di salute, necessario a giustificare il differimento dell’esecuzione della pena per infermità fisica, “non deve ritenersi limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita della persona dovendosi piuttosto aver riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un’esistenza al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pur nella condizione di restrizione carceraria. (...) Al di là, quindi, della trattabilità delle singole patologie rileva, nel giudizio de quo, la valutazione dello stato di logoramento fisico cui versa il soggetto, sovente aggravata da cause non patologiche, come nel caso di specie, la vecchiaia”.

La Cassazione per arrivare a riconoscere il diritto ad una morte dignitosa, ha dovuto effettuare una lettura della disciplina del codice penale sia costituzionalmente che convenzionalmente orientata andando, sì contro ad alcuni suoi precedenti in cui aveva sancito l’esatto contrario<sup>40</sup>, ma valorizzando le risultanze degli Stati generali dell’esecuzione penale per cui : “Ogni vulnus ai diritti inviolabili del condannato, che non derivi dalle restrizioni strettamente indispensabili per la privazione della libertà, ne offende la dignità e preclude ipso facto la possibilità che la pena possa svolgere funzione rieducativa, essendo impossibile rieducare alla legalità un soggetto illecitamente umiliato nella sua la dignità di uomo.<sup>41</sup>”.

Ebbene a questo nuovo orientamento della Cassazione le reazioni dei politici sono state unidirezionali: Carlo Vizzini, presidente del partito socialista italiano, “scarcerare Riina sarebbe scacco allo Stato” Salvini leader della Lega “Riina resti in galera, pronti a dar battaglia” ; Sonia Alfano dell’Italia dei Valori “Anche sue vittime avevano diritto a morte dignitosa”<sup>42</sup>; Pietro Grasso: “Stop 41 bis? Riina faccia nomi dei mandanti delle stragi”<sup>43</sup>.

Ecco dunque quanto appaiano tristemente profetiche le parole di chi scriveva: “L’errore più grossolano in cui si potrebbe incorrere nell’acostarsi alla lettura del Documento finale elaborato dal Comitato di esperti o delle proposte formulate dai Tavoli tematici è anche quello più facile da commettere: considerare questo materiale come una sorta di “magazzino delle idee” che potrà – ma forse anche no – trovare, in tutto o in parte, consacrazione nel testo normativo di riforma dell’ordinamento penitenziario attualmente in fase di elaborazione da parte delle commissioni parlamentari. Qualcosa, insomma, da non prendere, tutto sommato, sul serio e, in ogni caso, una questione di cui occuparsi “se e quando”. Pensarla in questo modo significherebbe, però, tradire la mission degli Stati Generali e frustrare l’aspirazione di chi ha promosso questa consultazione generale.”

<sup>40</sup> Per disporre il differimento della pena è necessario che la malattia da cui è affetto il condannato sia grave, cioè tale da porre in pericolo la vita o da provocare rilevanti conseguenze dannose e, comunque, da esigere un trattamento che non si possa facilmente attuare nello stato di detenzione, operando un bilanciamento tra l’interesse del condannato ad essere adeguatamente curato e le esigenze di sicurezza della collettività. Cass. Sez. Pen. 972/2012.

<sup>41</sup> Stati generali dell’esecuzione penale, documento finale, in <https://www.giustizia.it> pag. 12

<sup>42</sup> Riina, le reazioni alla sentenza della Cassazione in <http://www.rainews.it>

<sup>43</sup> Grasso e la carcerazione di Riina «Sveli i mandanti delle stragi» in <http://www.corriere.it>

## 2.2 41-bis e clima politico.

Come abbiamo detto nella parte ottava del documento finale redatto dagli Stati generali dell'esecuzione penale e denominata "Una nuova cultura della pena" si prende atto di come l'informazione e la politica giochino un ruolo chiave nella riforma dell'ordinamento penitenziario.

Le modifiche più importanti apportate al 41-bis sono state apportate con la legge 279 del 2002 e che con la legge 94 del 2009.

Queste due riforme, che rispondono con fermezza alla criminalità organizzata ed al terrorismo, coincidono con gli ultimi due governi Berlusconi, governi di coalizione che vedevano fra le loro fila sia Alleanza Nazionale che la Lega Nord, partiti che hanno puntato molto sulla lotta alla criminalità e che sono andati ad allargare le file dei governi di centro-destra che, come da tradizione, mettono legge e ordine al primo piano delle loro campagne politiche<sup>44</sup>. Di fatti l'elettorato vede di buon occhio e premia alle urne, chi promette di stroncare la criminalità, e sembra averlo capito anche il centro-sinistra, basti pensare che anche il governo Amato, nel 2000 ha messo mano all'articolo 4-bis estendendo agli autori di reati contro la libertà sessuale, l'impossibilità di accedere agli istituti alternativi alla detenzione<sup>45</sup>.

Con le dovute accortezze, pensiamo quindi che le parole del sociologo, Zygmunt Bauman, siano più che adatte a far chiarezza sull'uso che si è fatto dell'articolo 41-bis: "da più di dieci anni le promesse di stroncare il crimine e di mandare a morte un maggior numero di criminali occupano, di fatto, il primo posto nei programmi elettorali, qualunque sia la collocazione politica del candidato. Per i politici attuali e per quelli che aspirano a diventarlo, l'estensione della pena di morte, rappresenta il biglietto vincente nella lotteria della popolarità. L'opposizione alla pena capitale, significa, al contrario il suicidio."<sup>46</sup>

Preso atto di come, queste riforme, atte ad intensificare la presenza dello Stato, siano le risposte al malessere sentito dal corpo elettorale, è utile a nostro avviso, per avvalorare questa tesi, ricordare di come l'articolo 41-bis si applichi anche, a seguito della legge 279 del 2002, ai terroristi.

Quest'inserimento è stato effettuato a seguito degli omicidi dei giuslavoristi D'Antona e Biagi ad opera delle Nuove Brigate Rosse e dopo che i terroristi di Al Qaeda, l'11 settembre del 2001 attaccano le Torri Gemelle a New York ed il Pentagono a Washington. Due orribili attentati terroristici che però non hanno nulla in comune a parte la rilevanza mediatica di cui beneficiano.

Già prima del 2001 il Centro Nazionale di Previdenza e Difesa Sociale mostra che il 17% degli intervistati si spaventa per mafia e terrorismo, si comprende dunque come il pugno duro, che nel 2002 il Parlamento, infligge alla criminalità organizzata,

<sup>44</sup> "(...) si affiancheranno poche parole d'ordine: meno tasse, più soldi per le famiglie e pugno duro su immigrazione e criminalità; M. Bracconi, *Il primo duello Veltroni-Berlusconi la parola chiave è: governabilità*, in <http://www.repubblica.it/2008/01/>

<sup>45</sup> P. Barile, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali nell'ordine repubblicano*, Annuali 14, *Storia d'Italia*, Torino 1998, p. 7

<sup>46</sup> Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2002, p.21.

sia stato accolto positivamente dagli italiani, tanto che nelle elezioni successive il governo Berlusconi non fu riconfermato per soli 0.07 punti percentuali raccogliendo 19.357.217 contro i 19.497.354 voti della coalizione capeggiata da Romano Prodi<sup>47</sup>. Questo dato ci sembra oggi più che mai attendibile ed attuale considerando che il periodo storico che affrontiamo ci mette quotidianamente faccia a faccia con il nostro primitivo bisogno di sicurezza.

Posto che il principio della riserva di legge in materia penale, ha come primo obiettivo quello di dare una forte legittimazione democratica alle scelte di tutela penale, questo può esprimere il suo senso più profondo solo e soltanto in un sistema fondato sulla dialettica delle parti politiche ed in cui maggioranza ed opposizione cercano di collaborare per trovare la soluzione ideale. Questo tipo di democrazia è, però oggi, quasi sconosciuta in Italia, in cui il sistema politico è insidiato da derive “personalistico-mediatico-populiste” e che cerca di strumentalizzare il diritto penale per scopi elettorali, assecondando l’emotivo bisogno di essere rassicurato avvertito dalla nostra società<sup>48</sup>. Stando così le cose sorge il sospetto che il 41-bis oltre ad impedire i collegamenti tra boss e criminalità organizzata serva a raccogliere facili consensi politici.

### **2.3 Le reali finalità di questo speciale regime carcerario.**

Arrivati a questo punto quindi non ci si può esimere da andare ad analizzare le finalità del “carcere duro”.

Per assolvere a questo compito dobbiamo considerare che, sebbene la disposizione manifesti chiaramente il suo scopo (“impedire i collegamenti con l’associazione” criminale di appartenenza) essa tace su tre elementi che ci mostrano quanto questo istituto sia “borderline” tra la legalità e illegalità.

Prima di tutto l’articolo in esame non ci dice che la sospensione di alcune regole trattamentali non è sempre giustificata in quanto effettivamente capace di impedire le “relazioni pericolose” del detenuto con l’organizzazione, ma semplicemente perché rende più “dura” l’esecuzione, nel senso che aumenta significativamente la sofferenza della pena. Secondariamente l’articolo tace sulla quasi automatica proroga del provvedimento spesso data per un numero di anni così elevato – fino a 10, 15 anni – da non rendere credibile la permanenza di significativi e quindi pericolosi rapporti tra il detenuto e l’organizzazione criminale esterna. Ma soprattutto la disposizione non menziona il fatto che questo regime non si applica, e se in corso viene immediatamente sospeso, nei confronti di chi, collabora con la giustizia. I cosiddetti “pentiti” possono venire “premiati” con qualsiasi beneficio

---

<sup>47</sup> Stando ad una ricerca compiuta dall’università degli studi di Trieste le violenze sessuali sono avvertite come i reati più grave sia al nord che al sud, *Elezioni 2006 risultati Camera dei Deputati*, dati ricavati consultando il sito del Ministero dell’Interno <http://elezionistorico.interno.it/>

<sup>48</sup> G. Fiandaca, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in foro it., 2011, V, p. 1ss.

penitenziario, inclusa la liberazione condizionale, anche in deroga alle disposizioni ordinarie, comprese quelle relative ai limiti di pena<sup>49</sup>.

Da qui il dubbio, rafforzato da alcune dichiarazioni di uomini di Stato<sup>50</sup> e dalla spiacevole formulazione linguistica della lettera *a*) del comma quater dell'articolo 41-bis (che permette l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo *principalmente* alla necessita' di prevenire contatti con l'organizzazione criminale) che il carcere duro si declini anche in una sorta di meccanismo capace di "sciogliere le lingue"<sup>51</sup>.

Il nostro sospetto, qualora fondato, potrebbe portare l'articolo 41-bis ad essere ritenuto completamente incompatibile con la Costituzione ed inoltre risulterebbe totalmente anacronistico, considerando che quella di cui parliamo è stata qualificata dal disegno di legge numero 849 discusso al Senato "tortura". Il primo comma del disegno di legge 849 del 2013 recitava infatti: "è punito con la pena della reclusione da tre a dodici anni chiunque (...) infligge a una persona forti sofferenze fisiche o mentali ovvero trattamenti crudeli, disumani o degradanti, allo scopo di punire una persona per un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto"<sup>52</sup>.

La tesi che la pena irrogata in ossequio all'art. 41-bis, de facto, non persegue *solo* le dichiarate esigenze di prevenzione speciale ma anche altri scopi che mal si sposano con un ordinamento democratico<sup>53</sup>, è fatta propria anche dal giudice federale di Los Angeles, D.D. Sidgraves che in data 11 settembre 2007, al termine del processo di

---

<sup>49</sup> M. Pavarini, *il carcere duro tra efficacia e criminalità*, in *Criminalia*, 2007, p. 265.

<sup>50</sup> In questo senso dense di significato appaiono le dichiarazioni fatte dell'allora Ministro della giustizia, on A. Alfano: "Lo stato deve fare di tutto per dimostrare grande apertura a chi vuole collaborare e, allo stesso tempo, grande fermezza nei confronti di chi non ha alcun intenzione di sganciarsi dall'organizzazione mafiosa e di continuare a delinquere (...) al convegno dal titolo: *l'attualità del 41-bis quale mezzo di contrasto di tutte le mafie Roma*, 8 febbraio 2010; [www.polpenail.it](http://www.polpenail.it)

<sup>51</sup> M. Pavarini, *il carcere duro tra efficacia e criminalità*, in *Criminalia*, 2007, p. 265.

<sup>52</sup> Il testo approvato al senato in maniera alquanto criticabile ha emendato il testo in questa maniera: "Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero mediante trattamenti inumani o degradanti la dignità umana, cagiona acute sofferenze fisiche o psichiche ad una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia o autorità o potestà o cura o assistenza ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa, è punito con la reclusione da tre a dieci anni". DDL n. 849/2013 e successive modifiche in [www.senato.it](http://www.senato.it)

<sup>53</sup> La tesi del "finalismo occulto" è vista con criticità da altra parte della dottrina, secondo la dottoressa Angela Della Bella, per esempio, a seguito della stabilizzazione dell'istituto, avvenuta nel 2002, la finalità del "carcere duro" è esplicitata, e si sostanzia, esclusivamente nella prevenzione della pericolosità individuale, non penitenziaria, ma sociale, di detenuti legati alla criminalità organizzata. Secondo l'autrice, dall'esame della prassi, si può notare come la principali cause di estinzione del decreto ex art. 41-bis O.P., è la scarcerazione e non la collaborazione con la giustizia, stando così le cose "se il vero obiettivo del regime detentivo speciale fosse l'incentivazione delle collaborazioni, non potremmo che constatarne il suo fallimento e riuscirebbe davvero difficile capire le ragioni della sua stabilizzazione da parte della legge 279 del 2002." A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale ex art. 41 bis ord. penit. Quale prevenzione nei confronti della criminalità organizzata?*; Milano, 2005, pp. 107-108.

opposizione al provvedimento di espulsione dell'italiano, accogliendo le tesi difensive dell'avvocato di Rosario Gambino Joseph Sandoval, sentenza che l'interessato non debba essere espulso in Italia, il cui governo ha da tempo formalmente richiesto l'estradizione considerando che, verosimilmente, sarebbe sottoposto al regime dell'art. 41-bis comma 2° dell'ordinamento penitenziario, «...designed to physically and psychologically compels criminals to reveal informations about the Sicilian Mafia», e stante che questa modalità di «...coercion is not related to any lawfully imposed sanction or punishment», deve, rappresentando un'eccessiva compressione dei diritti dei detenuti, essere considerata *tortura* in palese violazione della Convenzione dell'Onu in materia<sup>54</sup>. Considerando poi, che il riferimento esplicito alla Convenzione internazionale contro la tortura nei procedimenti giurisdizionali intentati contro i provvedimenti di espulsione negli USA è raramente accolto dalla giurisprudenza, si capisce quanto grave e pesante sia stato considerato il nostro regime che (pur non entrando nel merito della questione) per essere stato definito “*torture*” dimostra di essere un istituto giuridico idoneo ad infliggere dolore e sofferenza, inflitto con intenzionalità, ed aggravato dal dolo specifico di raggiungere un fine, sia esso l'estorcere informazioni o un mero scopo punitivo<sup>55</sup>.

### 3. Conclusioni

Questo lavoro è partito dall'analisi della prima decisione della Consulta, che ha dichiarato parzialmente illegittimo il 41-bis O.P.: la sentenza 143 del 2013.

Nel caso in esame, la Corte, Dopo aver ricordato che anche il diritto di difesa può essere suscettibile di bilanciamento, quando sull'altro piatto della bilancia vi si trova un diritto di importanza fondamentale, va a sindacare la legittimità della tecnica di ponderazione usata dal legislatore, esprimendo l'importantissima regola per cui “non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango”.

Alla luce di questo precetto non si può che esprimere opinione negativa su alcune compressioni dei diritti fondamentali (quali quello alla corrispondenza) che ravvisiamo nell'articolo 41-bis, e che ci appaiono totalmente inidonee o sproporzionate a raggiungere il fine per cui la norma è nata.

In questo senso le limitazioni ai diritti fondamentali che eccedono il loro “minimo sacrificio necessario” possono essere inquadabili solo in una “strisciante ottica retribuzionistica”, respinta dalla nostra Carta costituzionale all'art 27 comma 3 che ci insegna che la pena deve tendere alla rieducazione del condannato.

Il centro di tutto è quindi uno solo: ritornare a quei “limiti interni” che la Corte costituzionale ha richiamato nella sentenza 351 del 1996 e quindi fugare ogni dubbio circa le reali finalità che questa norma cerca di raggiungere.

<sup>54</sup> M. Pavarini, *il carcere duro tra efficacia e criminalità*, in *Criminalia*, 2007, p. 265

<sup>55</sup> Art. 1 convenzione ONU contro la tortura, 1984

Sono palesi, infatti le analogie fra il reato di tortura, ed il meccanismo messo in moto dal combinato disposto degli articoli dell'ordinamento penitenziario 41-bis e 58 ter, per cui il carcere duro è revocabile solo e soltanto nel momento in cui il detenuto collabori con la giustizia.

In conclusione, quindi, il lavoro, non prospetta assolutamente un'abolizione totale dell'istituto in esame e neanche la sua completa conservazione, bensì l'eliminazione di ogni restrizione non riconducibile al suo scopo originario e la semplice sostituzione dell'avverbio di modo contenuto nella dibattuta lettera a) dell'articolo 2-quater, che dall'utilizzare il "principalmente" passerebbe al "necessariamente", assumendo una forma più rigorosa e costituzionalmente accettabile:

"La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede: a) l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo, esclusivamente, alla necessita' di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza(...)".

La lotta alla criminalità organizzata non può essere perseguita annullando i diritti umani di quei soggetti che si sono posti in contrasto i valori propri dello Stato di diritto, perché così operando lo Stato di diritto fondato sulla Costituzione negherebbe se stesso.

In una prospettiva costituzionale, anche strumenti preventivi come il "41-bis" dovrebbero, quindi, iscriversi in un percorso che attiene principalmente alla cultura ed alla rieducazione di determinati soggetti e di un determinato ambiente, posto che non la neutralizzazione ma soltanto il recupero di un detenuto si traduce anche in maggiore sicurezza per l'intera comunità.